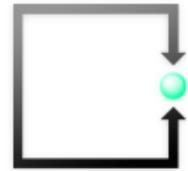


FSDZ RECHTSANWÄLTE & NOTARIAT AG
ZUGERSTRASSE 76b
CH-6340 BAAR
Tel. ++ 41 41 727 60 80
Fax.++ 41 41 727 60 85
faessler@fsdz.ch



Lukas Fässler

lic.iur.Rechtsanwalt^{1,2}, Informatikexperte
faessler@fsdz.ch

Zugerstrasse 76b
CH-6340 Baar
Tel.: +41 41 727 60 80
Fax: +41 41 727 60 85
www.fsdz.ch
sekretariat@fsdz.ch
UID: CHE-349.787.199 MWST



16.1.2019



Lukas Fässler, Rechtsanwalt & Informatikexperte

<http://www.fsdz.ch/team/faessler-lukas>

Partnerkanzleien:

de la cruz beranek Rechtsanwälte AG
Carmen De la Cruz
Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
eidg. dipl. Wirtschaftsinformatikerin
delacruz@delacruzberanek.com

Nicole Beranek Zanon
Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
beranek@delacruzberanek.com

Industriestrasse 7
CH-6300 Zug
Tel.: ++41 41 710 28 50
Fax: ++41 41 710 90 76
www.delacruzberanek.com
UID: CHE-389.928.945 MWST

Lichtsteiner Rechtsanwälte und Notare
Urs Lichtsteiner
lic. iur. Rechtsanwalt^{1,2}, MSc (Stanford)
lichtsteiner@lilaw.ch

Baarerstrasse 10, Postfach 7517
CH-6302 Zug
Tel.: +41 41 726 90 00
Fax: +41 41 726 90 05
www.lilaw.ch
info@lilaw.ch
UID: CHE-404.805.335 MWST

Anwaltskanzlei Dr. Weltert
Hans M. Weltert
Dr. iur. Rechtsanwalt^{1,4}
hans.weltert@raweltert.ch

Matthias Heim
lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
matthias.heim@raweltert.ch

Michael Heim
lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
michael.heim@raweltert.ch

Bahnhofstrasse 10
CH-5001 Aarau
Tel.: +41 62 832 77 33
Fax: +41 62 832 77 34
www.raweltert.ch
info@raweltert.ch
UID: CHE-100.877.506 MWST

Koppelungsverbot nach DSGVO

Mit Beschluss vom 30.11.2018 hat sich die österreichische Datenschutzbehörde zur Problematik der Freiwilligkeit einer Einwilligung des Webseitenbesuchers in die Cookie-Verarbeitung geäußert.

Bietet der Internetanbieter im Falle der Ablehnung der Einwilligung zu zustimmungspflichtigen Cookies und Werbe-Tracking oder social media Tools eine Alternative (hier: erste Alternative: zahlungspflichtiges Abo ohne Werbung; zweite Alternative: Zugriff auf alternatives Informationsangebot) an, liegt keine Verletzung des Koppelungsverbot vor.

Kommentiert von RA Lukas Fässler, Rechtsanwalt & Informatikexperte am 13.12.2019

Ausgangslage

Neben anderen Dienstleistungen stellt „Der Standard“ auf seiner Webseite <https://www.derstandard.de> täglich journalistische Artikel zu verschiedenen Themen online. Bei erstmaligem Aufruf der Website erscheint für den Besucher ein „Pop-up“-Fenster mit folgendem Inhalt:

„Ich stimme der Verwendung von Cookies für die Zwecke der Webanalyse und digitaler Werbemaßnahmen zu. Auch wenn ich diese Website weiter nutze, gilt dies als Zustimmung. Meine Einwilligung kann ich hier widerrufen. Weitere Informationen finde ich in der Datenschutzerklärung.“

Abo ohne Daten-Zustimmung

Mit einem (...) Abo kann die gesamte Website ohne zustimmungspflichtige Cookies und ohne Werbung genutzt werden. Details zum Abo.“

Die Webseitenbesucher haben die Möglichkeit, per Mausklick auf die Schaltfläche „OK“ oder auf einen Bereich außerhalb des Fensters zu drücken, wodurch die Einwilligung erteilt wird. Wird die Einwilligung erteilt, können die Besucher die Webseite des Standards nutzen. Bei Auswahl dieser Variante durch den Webseitenbesucher wird die Webseite Dritten als Werbeplatz zur Verfügung

¹ Mitglied des Schweizerischen Anwaltsverbandes
² Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zug
³ Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Zürich
⁴ Eingetragen im Anwaltsregister des Kantons Aargau



gestellt. Es handelt sich hierbei um den Einsatz von „Werbe-Cookies“ bzw. sind Fremd-Cookies in Verwendung. [Cookies werden erst dann gesetzt, nachdem eine Einwilligung erteilt wurde.](#)

In seiner Datenschutzerklärung stellt der Standard eine Möglichkeit zur Verfügung, die Zustimmung zu widerrufen. Sofern die Zustimmung widerrufen wird, kann die Webseite grundsätzlich nicht mehr verwendet werden bzw. es erscheint erneut das „Pop-Up“-Fenster.

Sofern der Webseitenbesucher **keine Einwilligung erteilt**, kann er **alternativ** im „Pop-Up“-Fenster über Mausklick auf eine **Schaltfläche „Abo“ klicken**. Bei Wahl dieser Alternative und Abschluss eines kostenpflichtigen Abos (ab dem zweiten Montag: 6 € monatlich) kann der Besucher die vollständige Webseite nutzen, ohne dass ein Tracking stattfindet oder Fremdcookies gesetzt werden.

Erteilt der Besucher seine Einwilligung oder schließt er ein Abo ab, besteht kein Unterschied hinsichtlich des inhaltlichen Zugangs zur Webseite.

Ein Webseitenbesucher beschwerte sich am 25.05.2018 hierüber bei der Datenschutzbehörde und sah einen Verstoß gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit der Einwilligung nach der DSGVO.

Was bedeutet das Kopplungsverbot?

Die Einwilligung muss nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO „freiwillig“ sein. Art. 7 Abs. 4 DSGVO definiert die Anforderungen an die Freiwilligkeit:

„Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

In Erwägungsgrund 43 der DSGVO heißt es:

„Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern. Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.“

Die Prüfung, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt worden ist, hat immer im Einzelfall zu erfolgen.

Wie entschied die österreichische Datenschutzbehörde?

Die Beschwerde des Webseitenbesuchers wurde „abgewiesen“ (Az. DSB-D122.931/0003-DSB/2018). Nach Ansicht der Datenschutzbehörde sei ein Verstoß gegen Art. 7 Abs. 4 DSGVO (sog. „Kopplungsverbot“) nicht erkennbar.

In Ihrer Entscheidung führt die Behörde u.a. wie folgt aus:

„Im vorliegenden Fall ist zunächst zu bemerken, dass die Beschwerdegegnerin in Variante 1 (Einwilligung zur Nutzung der Webpage) solange keine Cookies setzt, bis der Besucher der Webpage eine bewusste Entscheidung getroffen, also eine Einwilligung abgegeben hat, ob er Variante 1 in Anspruch nehmen möchte. Durch Verlinkung im Fenster („Pop-Up“) auf die Datenschutzerklärung und durch eine Aufzählung der im Einsatz befindlichen Cookies („Cookies-Anhang“) entspricht die Beschwerdegegnerin auch der in § 96 Abs. 3 TKG 2003 iVm Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO geforderten transparenten Informationspflicht und ist auch ein eindeutiger und bestimmter Zweck ersichtlich, wodurch für die betroffene Person eine Kontrolle hinsichtlich der Verarbeitung ihrer Daten sichergestellt ist.

Gibt eine betroffene Person keine Einwilligung ab, so besteht



- die erste Konsequenz darin, dass diese ein O**-Abo abschließen kann. Dieses O**-Abo ist – wie festgestellt – frei von Werbung, frei von Daten-Tracking und frei von der Setzung von Fremdcookies. Das O**-Abo ist mit einem Preis von 6 Euro monatlich ab dem zweiten Monat auch keine unverhältnismäßig teure Alternative.
- Die zweite Konsequenz bei Nichtabgabe einer Einwilligung besteht darin, dass die betroffene Person die Webpage der Beschwerdegegnerin nicht in Anspruch nimmt und **auf ein alternatives Informationsangebot** zurückgreift. (Kommentar RA Fässler: Diese Feststellung ist wichtig: es gibt offensichtlich auch bei Nichteinwilligung eine resp. zwei Alternativen!! Es bleibt aber unklar, ob das eine Drittalternative bei einem anderen Anbieter ist oder ob es sich um ein Alternativangebot der Beschwerdegegnerin selber handelt).

Im Ergebnis liegt in den Konsequenzen bei Nichtabgabe einer Einwilligung bei weitem kein wesentlicher Nachteil vor und ist die betroffene Person mit keinen beträchtlichen negativen Folgen konfrontiert.

Ebenso ist nach der Judikatur der Datenschutzbehörde zu berücksichtigen, dass eine freiwillige Einwilligung dann vorliegen kann, wenn ein bestimmter Verarbeitungsvorgang auch zum erkennbaren Vorteil der betroffenen Person gereicht (vgl. anstelle vieler DSK vom 8. März 2006, DSK 8.3.2006, K178.209/0006-DSK/2006; vgl. dazu auch Kotschy in Brodil (Hrsg), *Datenschutz im Arbeitsrecht* (2010) 3).

Dies ist im vorliegenden Fall gegeben, da ein Besucher der Webpage nach Abgabe einer Einwilligung vollen Zugang zur Webpage und zu den Dienstleistungen der Beschwerdegegnerin erhält, wobei dieser Zugang – wie festgestellt – auch in keinerlei Weise beschränkt ist und inhaltlich dem Abschluss eines O**-Abos gleichkommt.“

Quelle:

https://www.wbs-law.de/datenschutz/oesterreichische-datenschutzbehoerde-aeussert-sich-zum-kopplungsverbot-79144/?utm_source=wbs-law.de+Newsletter&utm_campaign=c68d8bcd9e-wbs_newsletter_weekly_02_2019&utm_medium=email&utm_term=0_727e2d2be2-c68d8bcd9e-65900041